



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA (UniCEUB)
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS (FAJS)
CURSO: DIREITO
DISCIPLINA: MONOGRAFIA III
PROFESSOR: ELIARDO FRANÇA TELES FILHO
ALUNA: ELIZABETH SILVA DE OLIVEIRA
R/A – 20507494

**A TEORIA DAS GERAÇÕES DOS DIREITOS,
O CUSTO DOS DIREITOS E O DIREITO À CULTURA**

Brasília,
2012

A TEORIA DAS GERAÇÕES DOS DIREITOS, O CUSTO DOS DIREITOS E O DIREITO À CULTURA

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito do
Centro Universitário de Brasília – UniCeub

Orientador: Prof. Eliardo França Teles Filho

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 AS GERAÇÕES DOS DIREITOS	8
1.1 A Teoria	8
1.2 A crítica de Vitor Abramovich e Christian Courtis.....	13
1.3 A crítica de Cançado Trindade.....	16
1.4 A crítica de Virgílio Afonso da Silva.....	17
1.5 Síntese	19
2 O CUSTO DOS DIREITOS.....	22
2.1 Os Efeitos da Escassez de Recursos.....	28
2.2 A Efetividade Relativa dos Direitos.....	30
2.3 Os Direitos de “Segunda Geração” nas Constituições	32
3 O DIREITO À CULTURA	34
3.1 Conceito de Cultura.....	34
3.2 A Cultura Antes da Constituição Federal de 1988.....	37
3.3 A Cultura na Constituição Federal de 1988	43
CONCLUSÃO	48
REFERÊNCIAS	50

RESUMO

Monografia versada sobre a teoria das gerações dos direitos e a discordância acerca da distinção estabelecida entre os direitos individuais e os direitos sociais, econômicos e culturais. Indaga-se a respeito da ideia de que os direitos civis, de prestação negativa, não geram custos e os direitos sociais, econômicos e culturais, de prestação positiva, necessitam de investimentos. A importância do tema provém da necessidade de se esclarecer, a partir da análise dos teóricos, que tanto as obrigações do Estado de não fazer como as obrigações de fazer exigem gastos e, na prática, torna-se impossível estabelecer uma distinção rígida entre ambos os direitos. A pesquisa será realizada a partir do estudo das teses elaboradas por Vitor Abramovich e Christian Curtis e Stephen Holmes e Cass R. Sustein, ilustrada por trabalho publicado pelo IPEA, cujo teor é o debate a respeito da democracia cultural. O direito à cultura é analisado no contexto antes e após a Constituição Federal de 1988. É possível percebê-lo como direito tanto de caráter negativo quanto de caráter positivo. A escassez de recursos do poder público e a concorrência com outros direitos que demandam investimentos financeiros revelam as limitações impostas à efetiva realização dos direitos sociais, econômicos e culturais. O trabalho permitiu concluir que a teoria da geração dos direitos, embora ainda defendida por alguns autores, revela inconsistências. A crítica da teoria da distinção dos direitos sustenta a existência de prestações positivas nos direitos tidos como de abstenção do Estado e da onerosidade para sua manutenção. Os direitos sociais, por sua vez, não requerem somente ações positivas do Poder Público; possuem um conteúdo de abstenção ao despontarem direitos de liberdade, como o direito à cultura.

Palavras chaves: Direito Constitucional. A Teoria das Gerações dos Direitos. O Direito à Cultura.

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por objetivo demonstrar que a distinção estabelecida pela teoria das gerações dos direitos entre os direitos individuais e os direitos sociais, econômicos e culturais, defendida pela corrente doutrinária clássica, revela inconsistências, por isso tem sido objeto de crítica. Vitor Abramovich e Christian Courtis discordam da teoria das gerações dos direitos, porque entendem que não há dúvidas de que mesmo os direitos civis e políticos, tidos como obrigações negativas do Estado, passíveis de exigibilidade e tidos como direitos não onerosos, têm ganhado contornos cada vez mais característicos de direitos sociais. Também comungam desse pensamento, como se poderá observar, Virgílio Afonso da Silva e Cançado Trindade.

Para análise das conclusões de Abramovich e Courtis, esta pesquisa teve como suporte o trabalho de Stephen Holmes e Cass R. Sunstein, que defendem a ideia de que todos os direitos “custam dinheiro”, isto é, todos os direitos, negativos e positivos. Discordam da teoria de que apenas os direitos sociais têm custo, sob o argumento de que os direitos civis e políticos, ditos de primeira geração ou de abstenção do Estado, necessitam de investimentos e manutenção da máquina estatal, por isso são direitos que requerem gastos públicos.

O trabalho realizado por Frederico Barbosa e Herton Ellery, técnicos do IPEA, e Suylan Midlej, pesquisador do Programa de Pesquisa para o Desenvolvimento Nacional (PNPD) do IPEA, intitulado A CONSTITUIÇÃO E A DEMOCRACIA CULTURAL, foi utilizado com o propósito de avaliar as ações do Estado no sentido de promover os direitos individuais e os direitos sociais, econômicos e culturais antes e após a Constituição Federal de 1988. O intuito é verificar as ações do poder público no Brasil na área de cultura, considerando a dicotomia estabelecida pela teoria das gerações dos direitos e as observações a respeito da efetividade das políticas públicas adotadas na área no aspecto que diz respeito aos investimentos.

Por fim, pretende demonstrar que a teoria clássica da distinção entre direitos civis e direitos sociais, econômicos e culturais não transmite a natureza real desses

direitos, assim como não reflete a realidade da atuação do Estado na promoção das garantias previstas na Constituição Federal de 1988.

1 AS GERAÇÕES DOS DIREITOS

1.1 A Teoria

A teoria das gerações dos direitos surgiu no final do século XX, mais precisamente com Karel Vasak¹, jurista francês, que apresentou sua tese em Estrasburgo, em conferência realizada no Instituto Internacional de Direitos Humanos no ano de 1979. Segundo essa proposição, a partir dos princípios inspirados nos ideais da Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, e da Revolução Francesa, de 1789, que preconizavam liberdade, igualdade e fraternidade, os direitos passaram a ser divididos em gerações. O termo adotado teria como pretensão situar a evolução dos direitos fundamentais numa perspectiva histórica.

Segundo Paulo Gonet², os direitos mencionados nas Revoluções americana e francesa correspondem aos primeiros a serem positivados, daí por que considerados de ‘primeira geração’. Traduzem-se em postulados de abstenção dos governos, que estabelecem obrigações de não fazer, de não intervir na vida pessoal de cada indivíduo. São direitos imprescindíveis a todos os homens, pois assumem uma pretensão universalista. “São direitos em que não desponta a preocupação com desigualdades sociais.” Fazem parte desse grupo os direitos individuais: de consciência, de culto, à inviolabilidade de domicílio, à liberdade de reunião - a liberdade sindical e o direito de greve.

A proposta revolucionária do século XVIII, segundo Paulo Bonavides³ exprimiu em três princípios cardeais todo o conteúdo dos direitos fundamentais, renunciando uma sequência histórica de sua gradativa constitucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade. A partir daí os direitos fundamentais passaram, na ordem institucional, a se manifestar em três gerações sucessivas, traduzindo um processo cumulativo e quantitativo, cuja orientação norteia-se na universalidade material e concreta, em contraponto à universalidade abstrata contida no jusnaturalismo do século XVIII, segundo o qual existe um sistema de normas de conduta intersubjetiva diverso do

¹ TRINDADE, Cançado. http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_bob.htm. Paulo Bonavides também atribui a Karel Vasak a autoria da tese das gerações dos direitos. In: CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL. 25ª edição atualizada. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 563. Outros autores, porém, atribuem a Norberto Bobbio.

² BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. In: MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL. São Paulo: Saraiva, 2011, 6ª ed. p. 185.

³ BONAVIDES, Paulo. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL. 25ª edição atualizada. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 562.

sistema constituído pelas normas fixadas pelo Estado.⁴ Os direitos de primeira geração são considerados os direitos de liberdade, ou seja, os direitos civis e políticos, cujo titular é o indivíduo, além de serem direitos oponíveis, ou seja, direitos de resistência do indivíduo perante as ações do Estado.

Os direitos de segunda geração, ou direitos de igualdade, dominaram o século XX do mesmo modo que os direitos de primeira geração dominaram o século anterior. São assim considerados os direitos sociais, culturais e econômicos e os direitos coletivos. Sua origem encontra-se na crítica ao liberalismo e, assim como ocorreu com os direitos de primeira geração, esses direitos foram objeto de considerações filosóficas e políticas. Entretanto, a base ideológica assentava-se nas declarações marxistas e social-democráticas, em especial na proposta da Constituição de Weimar do Império Alemão entre 1918 e 1933, marco do Estado Social, de grande influência no período após a Segunda Guerra Mundial. A característica principal desses direitos de segunda geração é a prestação positiva do Estado, ou seja, prestações materiais que, como assinala Paulo Bonavides, nem sempre resgatáveis em virtude de exiguidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos.

É importante assinalar que os direitos de segunda geração foram destinados à esfera programática, isto é, às normas que traçam planos, metas e objetivos a serem alcançados⁵, porque não correspondiam ao mesmo patamar de proteção destinada aos direitos de liberdade, por isso passaram por um período de crise de observância e execução. No Brasil, as recentes constituições têm formulado preceitos de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, sinalizando o enfraquecimento da concepção de que apenas os direitos de primeira geração têm aplicabilidade imediata e os direitos de segunda geração aplicabilidade mediata, ou seja, de dependência do legislador.

O descaso do Estado para com os problemas sociais, alinhado às pressões decorrentes da industrialização, o impacto do crescimento demográfico e o agravamento das disparidades sociais que alimentaram novas reivindicações são apontados por Paulo Gonet como fatores que impuseram ao Estado um desempenho ativo na realização da justiça social. Nesse contexto, vislumbrava-se uma nova relação entre Estado e

⁴ FASSO, Guido. JUSNATURALISMO. In: BOBBIO, Norberto e outros. DICIONÁRIO DE POLÍTICA. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 12 ed., vol. 1, 1999.

⁵ AGRA, Walber de Moura. MANUAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 92.

sociedade, por meio da qual se pretendia estabelecer uma liberdade real e igual para todos, mediante a ação corretiva dos Poderes Públicos que têm o dever de proporcionar aos indivíduos assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer etc. Os direitos de segunda geração são assim denominados, não porque são direitos de coletividade, mas em razão de unirem as reivindicações de justiça social; grande parte deles reúne direitos de titularidade individualizada.

Os direitos de terceira geração⁶ têm origem nas manifestações de consciência de um mundo dividido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas ou em fase de precário desenvolvimento. A proposta é buscar uma nova dimensão para os direitos fundamentais, de conteúdo humanista e universal. Num contexto de final do século XX, tende a se destinar, não especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de determinado Estado, mas ao gênero humano, considerando a supremacia de sua existência.

A teoria das gerações dos direitos identificou, ainda, cinco direitos de terceira geração, ou de fraternidade, quais sejam o direito ao desenvolvimento, direito à paz, direito ao meio ambiente, direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação. Paulo Bonavides admite a possibilidade de que outros direitos de terceira geração estejam em ‘fase de gestação’, o que permite a ampliação ‘à medida que o processo universalista for se desenvolvendo’.

Paulo Gonet⁷ afirma que os direitos de terceira geração caracterizam-se pela titularidade difusa ou coletiva. A proteção é dirigida à coletividade, não mais ao homem individualizado. No rol desses direitos encontram-se o direito à paz, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural. Observa-se uma referência ao direito à cultura, ainda que inserida no contexto geral de preservação de patrimônio. Assinala que a denominação ‘direitos de terceira geração’ já foi adotada no Supremo Tribunal Federal, ao tratar do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Precedentes: RE 134.297, Relator Ministro Celso de Mello, DJ 22/9/1995; MS 22.164-0/SP, Relator Ministro Celso de Mello, DJ 17/11/1995⁸.

⁶ BONAVIDES, Paulo. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL. 25ª edição atualizada. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 569.

⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. In: MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL. São Paulo: Saraiva, 2011, 6ª ed. p. 156.

⁸ BRANCO, op. cit., p. 156 Nota de rodapé n.º 5.

Paulo Bonavides trata, ainda, de direitos de quarta geração. Tece uma crítica ao neoliberalismo, em particular à globalização da política neoliberal, por considerá-la responsável mais problemas do que os que intenciona resolver, porque, nas suas palavras, se dirige à dissolução do Estado nacional, torna debilitada a soberania, produz uma falsa despolitização da sociedade, sem deixar perceptível a perpetuidade do *status quo* de dominação. Entretanto, no aspecto ideológico, entende que o neoliberalismo pretende globalizar os direitos fundamentais e isso equivale a universalizá-los no campo institucional. Insere no rol dos direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Aqui se propõe a realização de uma sociedade aberta, numa dimensão de máxima universalidade, de liberdade de todos os povos. Observa, ainda, que os direitos de quarta geração, além de culminarem a objetividade dos direitos de primeira e segunda geração, também absorvem a subjetividade dos direitos individuais.

Embora não haja referência expressa, é possível perceber o conteúdo do direito à cultura nessas proposições. Isso pode ser observado na proposta de se conceder aos direitos de terceira e quarta gerações um caráter universal, como sugerem o direito ao pluralismo, à liberdade de manifestações de consciência, de comunicação, de preservação do patrimônio comum da humanidade. Essa inferência pode ser compreendida se tomarmos em conta as observações de Frederico Barbosa,⁹ ao afirmar que o direito à cultura relaciona-se com o processo de enriquecimento e reconhecimento das diferenças e diversidades de transformação social.

Paulo Gonet¹⁰ não trata de direitos de quarta geração, mas ressalta que os direitos de cada geração persistem válidos juntamente com os direitos de nova geração, ainda que sofram influências de concepções jurídicas e sociais prevalentes de novos momentos e que os direitos fundamentais, na teoria das gerações, indica o caráter cumulativo da evolução desses direitos no tempo.

Paulo Bonavides, por sua vez, apresenta a quinta geração de direitos fundamentais, representada pelo direito à paz. Na sua concepção, Karel Vazak, ao introduzir esse direito no rol dos direitos de terceira geração, ou direito à fraternidade,

⁹BARBOSA, Frederico e outros. A CONSTITUIÇÃO E A DEMOCRACIA CULTURAL. IPEA. In: www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/bpsociais/bps_17/volume02/07_capt04.pdf.

¹⁰BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. In: MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL. São Paulo: Saraiva, 2011, 6ª ed., p. 156.

incorreu no que considera um equívoco em razão da ausência de profundidade na abordagem do tema. Considera que o direito à paz é de grande relevância, é original e inovador, porque inserido num contexto histórico de singular importância, marcado por dois momentos significativos. O primeiro refere-se à Declaração das Nações Unidas sobre a preparação das sociedades para viver em paz, Resolução 33/1973, 85.^a sessão plenária da Assembleia-Geral, 15/12/1978, segundo a qual todo ser humano tem direito de viver em paz. O segundo consiste na proclamação da OPANAL – Organização para Proscrição das Armas Nucleares na América Latina, Resolução 128, VI, de 27/4/1979. Por último, menciona a Declaração do Direito dos Povos à Paz, Resolução 39 da ONU, de 12/11/1984.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹¹ divide as gerações dos direitos a partir de dois acontecimentos históricos: os movimentos do final do século XVII, que formaram a primeira geração dos direitos fundamentais, ou de liberdades públicas, e a Primeira Guerra Mundial, que concebeu os direitos de segunda geração, ou direitos sociais. São considerados pelo autor direitos sociais “o direito à seguridade, ao trabalho, à associação sindical, ao repouso, aos lazeres, à saúde, à educação, à vida cultural.” Há, portanto, apenas uma referência ao direito ‘à vida cultural’, não especificamente direito à cultura. Também não é possível deduzir que haja correspondência entre os dois conceitos, porquanto não foram esclarecidos. Quanto aos direitos de terceira geração, o autor afirma que se trata de uma matéria que não foi ‘plenamente reconhecida’.

A classificação dos direitos fundamentais, segundo José Afonso da Silva¹², do ponto de vista positivo, deve observar o formato do ordenamento jurídico interno ou internacional, ou seja, considerar particularidades de cada ordenamento. No caso brasileiro, distribui os direitos fundamentais, seguindo a ordem dos dispositivos elencados, do seguinte modo: direitos individuais (art. 5º), direitos à nacionalidade (art. 12), direitos políticos (arts. 14 a 17), direitos sociais (arts. 6º e 193ss), direitos coletivos (art. 5º) e direitos solidários (arts. 3º e 225).

No que diz respeito aos direitos sociais, José Afonso da Silva¹³ compreende-os como prestações positivas perpetradas direta ou indiretamente pelo Estado a fim de que

¹¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS. 13ª ed. 2011: São Paulo: Saraiva, p. 24.

¹² DA SILVA, José Afonso. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO. 34ª ed. rev. Atualizada até EC 67/2010. São Paulo: Melhoramentos, p. 182/184.

¹³ DA SILVA, José Afonso. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO. 34ª ed. rev. Atualizada até EC 67/2010. São Paulo: Melhoramentos, pp. 314 e 848.

seja possível a ‘igualização de situações sociais desiguais’, ou seja, a criação de condições materiais favoráveis à obtenção da igualdade real, considerando como tais o direito ao trabalho, à seguridade social, à previdência e assistência social, educação, cultura, moradia, família, meio ambiente etc.

O direito à cultura, como destaca, não foi elencado no art. 6.º da Constituição Federal de 1988 como espécie de direito social, mas somente em seu art. 215, reservado, assim, a um regime jurídico especial, como forma de propriedade de interesse público. A eficácia desse direito ficou vinculada ainda ao art. 216, § 6.º, da Carta, que prevê o fomento à cultura por meio de financiamentos de programas e projetos culturais.

Paulo Gonet¹⁴ concebe a evolução dos direitos fundamentais juntamente com o processo de evolução histórica e suas diferentes perspectivas. Estariam os direitos civis e políticos atrelados às Revoluções americana e francesa, e os direitos sociais alinhados ao crescente desenvolvimento industrial, ao impacto do aumento demográfico e à existência de frequentes pressões sociais, que levaram à formação do Estado Social. Portanto, a estrutura de distinção dos direitos estaria intimamente ligada aos acontecimentos históricos.

A teoria das gerações dos direitos sugere distinguir o momento histórico em que surgiu a tutela de novos direitos, sem estabelecer uma hierarquia entre direitos fundamentais. Apresenta uma pretensão universalista de direitos, de caráter material e concreto, embora reconheça as limitações no que diz respeito aos meios e recursos orçamentários para a efetiva realização dos direitos sociais, econômicos e culturais. Concebe os fatos reais como impulsionadores de uma postura nova do Estado e da própria sociedade em relação aos direitos fundamentais. Admite a possibilidade de existência de novas gerações de direitos.

1.2 A crítica de Vitor Abramovich e Christian Courtis¹⁵

Segundo Abramovich e Courtis, os defensores da teoria das gerações dos direitos qualificam os direitos sociais como meras declarações de boas intenções, que não teriam valor jurídico. Antes de ser um instrumento legal de exigibilidade das obrigações jurídicas do Estado, os direitos sociais são avaliados como proposições de

¹⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. in: MENDES, Gilmar F. e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 153/156.

¹⁵ ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Chistian. DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS EXIGIBLES. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

caráter político; diferentemente dos direitos civis e políticos, que geram prerrogativas para os particulares e obrigações para o Estado, exigíveis judicialmente.

Os autores sustentam a existência de níveis de obrigações que são comuns aos direitos civis e políticos e os direitos sociais, econômicos e culturais e que, em relação a estes, existem possibilidades claras, em pelo menos algum aspecto, que os tornam exigíveis judicialmente. Como exemplo, as constituições dos Estados e os tratados internacionais que positivam os direitos sociais, tais como as constituições da Argentina e da Espanha. Como objeto de estudo apresentam o Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais (1976), em especial no que se refere aos direitos humanos, por se tratar de norma universal, “dado que existe identidade entre a estrutura dos direitos contidos no Pacto, nas constituições locais e também nos problemas que a sua exigibilidade demonstra”¹⁶

Segundo sua análise, a teoria das gerações dos direitos guarda o que alguns denominam ‘defeito de nascimento’, quando se trata da exigibilidade dos direitos sociais, econômicos e culturais. Essa teoria coincide com a política de promoção do “Estado mínimo”, garantidor exclusivamente da justiça, da seguridade e da defesa, e assegurado das condições institucionais para a consolidação, funcionamento e expansão do mercado.

Abramovich e Courtis afirmam que existe uma dificuldade de se estabelecer uma distinção radical entre direitos civis e políticos e direitos sociais, econômicos e culturais. Os primeiros se caracterizam por um complexo de obrigações negativas e positivas por parte do Estado, enquanto na estrutura dos direitos sociais, econômicos e culturais, as obrigações de fazer é que se tornam mais visíveis, o que não impede a existência de obrigações de não fazer. Como exemplo: obrigação de promover ações de proteção à saúde e a obrigação de não praticar atos que prejudiquem a saúde do cidadão.

De acordo com essa teoria, somente se poderia tratar de direitos, no sentido conceitual, quando um determinado preceito normativo se limitasse a impor ao Estado obrigações negativas ou de abstenção, enquanto que a proposta de se estabelecer direitos a partir de obrigações positivas se tornaria impossível ou materialmente inviável. Ainda que as normas constitucionais estabeleçam direitos como saúde,

¹⁶ ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Chistian. DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS EXIGIBLES. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

educação, trabalho etc., essas expressões permaneceram no campo abstrato e não se realizariam concretamente. Trata-se de uma visão fragmentada, porque amparada na proposta do Estado Liberal. O resultado é a óbvia inter-relação entre as supostas obrigações negativas do Estado, em especial em matéria de garantia da liberdade de comércio, e uma série de ações positivas vinculadas com a manutenção de instituições políticas, judiciais, de seguridade e de defesa, necessárias como condição do exercício da liberdade individual.

Contreras Peláez¹⁷ entende que é impossível distinguir obrigações positivas e negativas por parte do Estado, uma vez que a “inexistência de prestação estatal pressupõe automaticamente a denegação do direito.”

A distinção entre direitos civis e políticos e direitos sociais, econômicos e culturais somente se mostra útil na medida em que reflete diferentes matrizes político-ideológicas de regulamentação jurídica e permite situar num contexto histórico a forma em que têm sido conceitualizados e positivados os diversos direitos.¹⁸

A crítica à teoria das gerações dos direitos demonstra que se trata de distinção genérica, que implica estabelecer limitações aos direitos, uma vez que é impossível aplicar-lhes ‘rótulos’ de exclusividade. Para cada categoria de direitos cabem outros direitos de estrutura completamente heterogênea, impossível de reduzir a uma única forma.¹⁹

No que se refere ao conceito, que estabelece a distinção entre direitos civis e políticos e direitos sociais, econômicos e culturais, sugerem que deve haver tratamento teórico e prático comum a ambas as estruturas. A concepção teórica, inclusive a regulação jurídica concreta de vários direitos tradicionalmente considerados autônomos, ou direitos que geram obrigações negativas do Estado, tem variado de tal modo que “alguns dos direitos classicamente considerados civis e políticos têm adquirido uma indubitável raiz social.”²⁰

¹⁷ PELÁEZ, Contreras F. *Apud* ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Chistian. *DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS EXIGIBLES*. Madrid: Editorial Trotta, 2002 p. 25.

¹⁸ ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Chistian. *DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS EXIGIBLES*. Madrid: Editorial Trotta, 2002 p. 47-48.

¹⁹ Idem, p. 64.

²⁰ ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Chistian. *DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS EXIGIBLES*. Madrid: Editorial Trotta, 2002, p. 26.

1.3 A crítica de Cançado Trindade²¹

Cançado Trindade, ao expressar sua opinião a respeito da teoria das gerações dos direitos, assinala que o próprio direito à vida é de primeira, segunda, terceira e de todas as gerações.

Refuta a tese de sucessão de direitos, segundo a qual os direitos individuais surgiram primeiro e os direitos econômico-sociais vieram depois, porque essa ordem corresponderia à evolução do direito constitucional no plano dos direitos internos dos países, enquanto que, no plano internacional, a ordem foi contrária: os direitos econômicos e sociais surgiram primeiro.

As primeiras convenções da OIT, anteriores às Nações Unidas, surgiram nos anos 20 e 30 e são exemplos dessa assertiva, assim como o direito ao trabalho, o direito às condições de trabalho, que constituiriam direitos de primeira geração, do ponto de vista do Direito Internacional. A segunda geração corresponde aos direitos individuais, com a Declaração Universal e a Americana, de 1948.

Observa-se que, neste ponto, permanece a tese da sucessão de direitos, apenas o termo geração de direitos é afastado. Cançado Trindade entende que a expressão ‘gerações’ não corresponde à divergência existente entre o direito interno e o direito internacional em matéria de direitos humanos; não corresponde à realidade histórica dos fatos.

A rejeição ao conceito de gerações revela-se na referência à sucessão de gerações que se operam no tempo, em que novas gerações surgem e anteriores desaparecem. A discordância se estabelece na ideia de que quando surge um novo direito, os direitos anteriores não desaparecem; ocorre um processo de acumulação e de expansão do *corpus juris* dos direitos humanos.

A teoria das gerações dos direitos encontra outra negativa. Diz respeito ao ponto de vista jurídico. Cançado Trindade afirma que, em termos práticos, a teoria prevalece apenas no mundo ocidental, como ocorre nos Estados Unidos e no Canadá, onde os

²¹TRINDADE, Cançado. Seminário de Direitos Humanos das Mulheres: A Proteção Internacional, 25 de maio de 2000, Câmara dos Deputados, Brasília. In: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_bob.htm. Acessado em setembro de 2011.

direitos humanos são sinônimos de direitos civis e os direitos econômico-sociais puramente programáticos. Diferentemente do que ocorre na China. Para os chineses, ao contrário dos norte-americanos, os verdadeiros direitos são os econômicos e sociais. Os direitos civis e políticos, os direitos ao devido processo ficam em segundo plano.

A crítica destaca outra problemática no que diz respeito à discriminação estabelecida pela teoria das gerações dos direitos. Questiona a razão por que é combatida e censurada somente em relação aos direitos civis e políticos e consentida em relação dos direitos econômicos, sociais e culturais. Existe uma “condenação absoluta de qualquer tipo de discriminação quando se trata de direito individual ou mesmo de direitos políticos, mas uma tolerância absoluta quando se trata de disparidades em matéria de salário, de renda, e assim por diante. Em vez de ajudar a combater essa visão atomizada, essa teoria de geração de direitos convalida esse tipo de disparidade”²².

1.4 A crítica de Virgílio Afonso da Silva²³

As observações de Virgílio Afonso da Silva a respeito da realização dos direitos sociais apontam inicialmente os problemas característicos do Brasil, como a dependência de grande parte da população de implementação de políticas públicas nas áreas de educação, saúde e moradia, peculiar das sociedades em que se verificam grandes desigualdades sociais. A tarefa do Poder Judiciário de garantir os direitos sociais, inseridos na Constituição Federal de 1988, a atuação do Poder Judiciário e do Ministério Público, assim como a questão dos custos dos direitos são os principais destaques da crítica.

Virgílio Afonso da Silva assinala que a Constituição de 1988 ampliou o processo de constitucionalização de matérias antes reservadas ao campo da política. A regulação do salário mínimo, a fixação de taxas de juros e a garantia de direitos à saúde, educação, trabalho e moradia são exemplos das políticas públicas implementadas por governos que nunca foram aptos a satisfazer a demanda.

²² TRINDADE, Cançado. Seminário de Direitos Humanos das Mulheres: A Proteção Internacional, 25 de maio de 2000, Câmara dos Deputados, Brasília. In: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_bob.htm. Acessado em setembro de 2011.

²³ DA SILVA, Virgílio Afonso. *Apud O JUDICIÁRIO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS*. Apud DE SOUZA, Cláudio Pereira e SARMENTO, Daniel. DIREITOS SOCIAIS: FUNDAMENTAÇÃO, JUDICIALIZAÇÃO E DIREITOS SOCIAIS EM ESPÉCIES. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. In: www.teoriaedireitopublico.com.br/.../2008-Judiciario_e_politicas_pu...
Formato do arquivo: PDF/acessado em 05 de maio de 2012.

As consequências de dar a esses direitos um *status* constitucional implicaram dois principais fatores: a outorga ao Judiciário da tarefa de garantir a realização dessas obrigações e a constatação de que é impossível tratar os direitos sociais como inseridos numa só estrutura, ou seja, em igualdade com os direitos civis e políticos.

A crítica sustenta-se na afirmativa de que a atuação do Judiciário, em se tratando de direitos civis e políticos, reside na tarefa de garantir que ações do Legislativo ou do Executivo que ultrapassem a barreira do não fazer possam ser invalidadas, como nas ações de censura, preferência religiosa, limitações ao direito de se reunir etc. Todavia, quanto aos direitos sociais, assinala que os juízes, no uso legítimo de sua atuação no sistema democrático e com fundamento em algum tipo de *controle da constitucionalidade*, com poderes de interferir em questões legislativas e governamentais, não podem ignorar as políticas públicas já existentes. Reprova, portanto, as decisões judiciais que concedem, de forma ‘irracional e individualista’ medicamentos, tratamentos de saúde ou vagas em salas de aula.

A teoria das gerações dos direitos é rebatida também com a afirmativa de que a realização dos direitos de segunda geração ‘não requer abstenção do Estado’ e, por isso, não se pode dizer que prescindem verbas públicas, porque é necessário que hospitais, escolas e casas sejam construídos, que médicos sejam contratados e assim por diante. Portanto, a teoria não pode se sustentar, porque a realização desses direitos permanece atrelada a decisões que extrapolam o raciocínio jurídico-formal. Faz-se necessário que “alguém tome a decisão sobre como e onde os recursos públicos serão alocados.”

Do mesmo modo, os direitos civis e políticos demandam custos, pois recursos públicos são indispensáveis também para a proteção da liberdade de imprensa, do direito de propriedade etc., uma vez que a criação e a manutenção das instituições políticas, judiciárias e de segurança implicam gastos para o Estado.

Virgílio Afonso da Silva²⁴ afirma que muitas vezes os direitos civis são efetivamente realizados e os direitos sociais não ultrapassam a ‘barreira da promessa constitucional’, sob as justificativas de que não há ‘vontade política’. Considerando

²⁴ DA SILVA, Virgílio Afonso. *Apud O JUDICIÁRIO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS*. Apud DE SOUZA, Cláudio Pereira e SARMENTO, Daniel. DIREITOS SOCIAIS: FUNDAMENTAÇÃO, JUDICIALIZAÇÃO E DIREITOS SOCIAIS EM ESPÉCIES. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. In: www.teoriaedireitopublico.com.br/.../2008-Judiciario_e_politicas_pu... Formato do arquivo: pdf/acessado em 05 de maio de 2012.

esta afirmativa, continua, “se de fato o problema fosse apenas uma falta de vontade política, bastaria haver uma ‘vontade judicial’ por parte dos operadores de direito, sobretudo dos juízes para que pelo menos parte do problema fosse resolvida.”²⁵

A prática adotada na maioria dos governos, de priorização da implementação das políticas públicas que realizam os direitos sociais e o dever dos juízes de controlar essa realização, não representa o modelo de meio termo para a solução do conflito, e sim um ativismo judicial, que Virgílio Afonso considera ‘despreparado’, pois os juízes, ao resolverem problemas isolados, acabam por prejudicar políticas públicas de atendimento aos direitos sociais.

Estabelecer uma espécie de diálogo institucional, exigindo explicações objetivas e transparentes sobre a destinação dos recursos públicos por meio das políticas governamentais, além de exercer o controle dessas políticas públicas, em conjunto com o Ministério Público, talvez seja uma forma de o Judiciário não fazer realocação irracional e individualista de recursos escassos e, sobretudo, realizar com maior eficiência os direitos sociais.

1.5 Síntese

Segundo a teoria das gerações dos direitos, os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, preconizados nas revoluções americana e francesa do século XVIII, sugeriram, ao lado da evolução histórica dos fatos, o reconhecimento de direitos fundamentais à medida que se tornavam incorporados à realidade social.

O princípio de liberdade inspirou os direitos civis e políticos, cuja garantia reside na ação negativa do Estado de abstenção e a exigibilidade se realiza pelo controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário sem interferir nas questões orçamentárias do Estado.

O ideal de igualdade, embora tenha concedido aos direitos sociais, econômicos e culturais um *status* de direitos fundamentais, tornou-os uma obrigação positiva do Estado de cunho oneroso. A efetividade desses direitos, no entanto, está atrelada às políticas públicas e aos limites econômicos e financeiros do poder público.

²⁵ D DA SILVA, Virgílio Afonso. *Apud* O JUDICIÁRIO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS. *Apud* DE SOUZA, Cláudio Pereira e SARMENTO, Daniel. DIREITOS SOCIAIS: FUNDAMENTAÇÃO, JUDICIALIZAÇÃO E DIREITOS SOCIAIS EM ESPÉCIES. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. In: www.teoriaedireitopublico.com.br/.../2008-Judiciario_e_politicas_pu...
Formato do arquivo: PDF/acessado em 05 de maio de 2012.

O imaginário de fraternidade é considerado pela teoria como direitos de terceira geração, e sua realização se daria num contexto em que a proteção teria como destino o gênero humano em sua universalidade – direito à paz, desenvolvimento e meio ambiente.

Os opositores da teoria da geração dos direitos voltam-se para a realidade prática. A crítica dirige-se tanto à formação histórica do conceito, quanto à formalização da estrutura, à desnecessidade da distinção de fundo teórico de ambos os direitos, e, principalmente, à falta de efetividade na realização dos direitos econômicos, sociais e culturais no que se refere à questão de custos e do desempenho do Judiciário na garantia os direitos fundamentais.

Quanto à exigibilidade, as discordâncias giram em torno da questão de se trazer para o mesmo patamar constitucional direitos que possuem garantias diferenciadas, uma vez que a teoria defende a ideia de que os direitos civis e políticos são exigíveis, porque de abstenção, enquanto os direitos sociais, de obrigações positivas, dependem de recursos, porque atrelados às políticas públicas de governos, portanto, de garantia diferenciada.

A teoria, portanto, não alcança totalmente as verdadeiras características dos direitos fundamentais, cujo objetivo primordial é tornarem-se realizáveis.

No que se refere ao cumprimento pleno desses direitos, é relevante considerar os pressupostos práticos do ponto de vista do caráter tanto negativo quanto positivo nas ações do Estado no que se refere à disponibilidade de recursos para a realização de políticas públicas e o papel do Poder Judiciário de tutelar os bens jurídicos *erga omnes*.

Decisões judiciais proferidas para atender direitos sociais, como direito à saúde, de modo individualista, acabam por contrariar o princípio constitucional de igualdade, além de desconsiderar políticas públicas planejadas.

Gilmar Mendes²⁶ sustenta que, em relação aos direitos sociais, é necessário considerar a prestação devida pelo Estado, que “varia de acordo com as necessidades específicas de cada cidadão.” Enquanto o Poder Público destina recursos para arcar com o aparato capaz de garantir a liberdade dos cidadãos, deve também, dispor de valores

²⁶ MENDES, Gilmar. DIREITOS SOCIAIS. In: CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL. São Paulo: Saraiva, 2011, p.668.

destinados às necessidades individuais dos cidadãos, adotando critérios distributivos para esses recursos – o quanto disponibilizar e a quem atender - e formulando políticas voltadas à implementação dos direitos sociais. Ressalta que os direitos sociais são indispensáveis para a realização da dignidade da pessoa humana. O ‘mínimo existencial’ de cada um dos direitos não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial, razão por que o Poder Judiciário tem atuado na apreciação de demandas, via ‘judicialização’, sem, muitas vezes, examinar as consequências globais da destinação de recursos públicos em benefício do individual com invariável prejuízo para a coletividade.

2 O CUSTO DOS DIREITOS

“Dize-me quantos impostos te cobram (e como se gastam) e te direi que direitos tens.”²⁷

Todos os direitos custam dinheiro. Direitos negativos e direitos e positivos custam dinheiro. Os direitos civis e políticos – tradicionalmente tidos como de primeira geração ou de abstenção do Estado – requerem investimentos e manutenção da máquina estatal e constituem direitos que demandam gastos públicos. Essa afirmativa contraria a teoria de que apenas os direitos sociais demandam custos.

Segundo Holmes e Sunstein²⁸, todos os direitos positivos guardam um conteúdo de obrigações negativas, assim como os direitos negativos, uma dimensão positiva. Dada uma obrigação positiva, como o direito à educação – direito social e de prestação positiva –, ao Estado é vedada a possibilidade de violação desse direito, assim, o Poder Público tem obrigação de não permitir que esse direito seja desrespeitado nem por particulares nem pela própria ação estatal. Do mesmo modo, uma obrigação negativa, como a garantia de propriedade, exige a preservação de estruturas institucionais organizadas e mantidas com os impostos pagos pelos contribuintes.

Essas afirmativas estão amparadas nas observações que os autores apresentam na obra segundo as quais os estadunidenses têm conhecimento do volume de gastos, e isso significa milhões de dólares, que são destinados pelo governo para proteger os direitos individuais. O fato de os cidadãos americanos terem notícia do alto índice de criminalidade, por exemplo, não impede que se sintam seguros, porque confiam na ação da polícia. Significa que acreditam na ação do Estado, que age por meio de funcionários assalariados – policiais, agentes etc. – para garantir a segurança individual, e que a liberdade pessoal pressupõe cooperação social administrada pelo Estado. Portanto, para eles, parece evidente que os direitos dependem dos governos e, conseqüentemente, custam dinheiro, ou seja, é impossível protegê-los e exigí-los sem fundos e apoios públicos.

Embora a expressão ‘custo dos direitos’ integre significados múltiplos e polêmicos, a análise tratará de custos no significado de orçamento e direitos como

²⁷ BERTOMEU, J. F. G. *Apud* HOMES, Stephen e SUSTEIN, Cass R. **EL COSTO DE LOS DERECHOS**. Por qué La libertad depende de los impuestos. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011. p. 15.

²⁸ HOMES, Stephen SUSTEIN, Cass R. *Op. Cit.* p. 15.

interesses importantes que podem ser protegidos de maneira confiável por indivíduos ou grupos, utilizando instrumentos do governo.

Em relação aos direitos, há duas distinções básicas a serem consideradas: o enfoque moral e o descritivo.

Quanto ao primeiro, entendem-se os direitos, não como resultado do que preconiza a lei, mas, segundo a filosofia moral, como interesses humanos, que não podem ser desrespeitados nem violados, porque regidos por reivindicações morais da coletividade. Impõem deveres morais a toda humanidade, não obrigações legais aos habitantes de determinado Estado nacional. Quando necessitam de reconhecimento legal, não estão contaminados pelo poder, por isso é possível defendê-los com liberdade.

Quanto ao enfoque descritivo, os direitos consistem no modo como funcionam efetivamente os sistemas legais. Aqui o que se discute é que tipos de interesses são protegidos de fato por uma sociedade politicamente organizada. Um determinado interesse qualifica-se como direito quando um sistema legal efetivo o trata como tal, utilizando recursos coletivos para defendê-lo.

Não há contradição entre eles, apenas uma coexistência. O que se propõe é um esforço de alinhar os direitos politicamente exigíveis aos direitos que se consideram corretos do ponto de vista moral. Significa que aqueles que pretendem exigir seus direitos deveriam observar se estão moralmente bem fundamentados. Como exemplo: defender a liberdade individual de uso de propriedade em detrimento aos prejuízos que possam ser causados à coletividade.

A pretensão é esclarecer que o custo dos direitos pertence ao campo descritivo do direito, embora tenha importância moral. Já os direitos morais somente possuem custos orçamentários se a sua natureza e seu alcance estiverem estipulados e interpretados politicamente. Todavia, a análise do tema tornar-se-ia incompleta se não admitisse que o custo dos direitos tem importância moral, porque é impossível explorar as dimensões morais da proteção dos direitos sem considerar a questão da justiça distributiva. É comum observar recursos canalizados para determinada coletividade e não para outras. Também não raro se veem tribunais que funcionam bem em razão da disponibilidade de recursos adequados. Os direitos passam a ser algo mais que meras

declarações se a eles forem conferidas instituições com poder de decisão legalmente vinculantes, e governos capazes de cobrar impostos e apontar soluções efetivas. Na realidade, um direito legal só existe se e quando há recursos disponíveis.

A garantia de um direito somente é possível se houver uma estrutura que possa assegurar a sua satisfação. É preciso, portanto, que haja atores e modos de garantir o cumprimento dos direitos. Necessita-se, assim, que se faça a opção primordial entre a manutenção do estado hipotético de natureza, no qual o direito pode ser violado constantemente, e a presença de um Estado capaz de assegurar proteção aos direitos pretendidos pela comunidade.

O contexto das décadas de 1980 e 1990, caracterizado pelas políticas neoliberais e pelo processo de globalização da economia, inspirou reflexões e debates a respeito dos problemas de desemprego, desigualdades e alienação social, tidos como consequências da retração do controle do Estado sobre a economia.

Essa conjuntura atraiu a necessidade de se tratar do papel do governo na distribuição dos recursos públicos. Mostrou-se que o governo é indispensável para mobilizar e canalizar fundos e apoios para proteger os direitos.

O estudo do tema custos dos direitos, para além dos custos individuais e sociais, deve alcançar também os custos não monetários, isto é, considerar fatores como: o papel dos colaboradores do Estado – a contribuição coletiva administrada por funcionários públicos –; a relação valor dos direitos-contribuição; as implicações dos chamados custos indiretos (gastos compensatórios); e gastos em circunstâncias emergenciais, que implicam desembolsos diretos do orçamento.

A premissa de que os direitos tidos como de primeira geração essencialmente não têm custos é equivocada. Nos Estados Unidos, por exemplo, o direito ao tribunal do júri custa aos cofres públicos cerca de treze mil dólares por julgamento.

A atuação dos juízes também tem que ser observada, em razão do poder que têm de decidir se o dinheiro dos contribuintes pode ser usado para pagar compensação de danos em vez de destiná-lo, por exemplo, à educação, segurança ou a programas de alimentação infantil.

Questionar sobre o custo dos direitos não é o mesmo que perguntar quanto valem os direitos. Se pudéssemos determinar até o último centavo quanto custa, num determinado ano fiscal, digamos, o direito a igual acesso à justiça para todos os habitantes do país, aí sim saberíamos quanto deveríamos gastar em conjunto, como nação.

Os custos públicos dos direitos, muito além dos de bem estar, mostram entre outras coisas que a riqueza privada, tal como a conhecemos, só pode existir graças às instituições governamentais.

O custo da proteção dos direitos destrói uma poderosa ilusão acerca das relações entre a lei e a política.

“Se na prática os direitos dependem do pagamento anual dos impostos, não significa que o império da lei depende dos caprichos da eleição política? Não é humilhante entender os direitos, que antes de tudo protegem a dignidade humana, como meras concessões outorgadas pelo poder político – um poder democraticamente responsável? Os juízes, em particular, como guardiões dos valores imensuráveis, não deveriam estar acima das frequentes transações entre quem tem o poder e quem busca o poder?”²⁹

Atender aos custos dos direitos revela inúmeras questões adicionais, não só acerca de quanto custa, mas também sobre quem decide utilizar escassos recursos públicos para protegê-los e para quem. Quais são os princípios que se invocam habitualmente para guiar essas questões? É possível defender esses princípios?

Dar atenção aos custos dos direitos individuais pode significar trazer esclarecimentos a respeito das dimensões apropriadas do Estado regulador do bem estar social e da relação do governo moderno e dos direitos liberais clássicos. As decisões a respeito das políticas públicas não podem se dar sob a hostilidade entre a liberdade e a arrecadação de impostos. Do mesmo modo, é importante compreender as ações do Estado para a garantia dos direitos e as demandas contra o tesouro público.

²⁹HOMES, Stephen SUSTEIN, Cass R. **EL COSTO DE LOS DERECHOS**. Por qué La libertad depende de los impuestos. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011, p. 49

A estrutura que classifica os direitos em “direitos negativos” e “direitos positivos”, sob o fundamento de que o problema está na necessidade de se pensar de forma ordenada o excesso de direitos consagrados constitucionalmente, também é alvo de crítica. A questão reside em responder: como pensar de maneira sistemática sobre direitos tão díspares, como o direito à greve e à liberdade de consciência, ou do direito de ação contra a imprensa por calúnia e o direito do cidadão a viver livre de indagações e confiscações injustificadas?

Em razão da diversidade de direitos hoje existentes e crescentes nos Estados Unidos, as opiniões entre as correntes conservadora, liberal e progressista são divergentes e podem ser resumidas do seguinte modo:

“Os liberais estadunidenses tipicamente associam o direito de propriedade e de contratação a um egoísmo imoral, enquanto que para os conservadores as liberdades individuais estão ligadas à autonomia moral. Para os progressistas, os direitos adquiridos surgem de uma solidariedade generosa; para os libertários, as contribuições previdenciárias suportam uma dependência doentia. Com avaliações opostas, o esqueleto conceitual é o mesmo.”³⁰

Além disso, ainda que não tenha relação com os partidos políticos, a dicotomia direitos negativos *versus* direitos positivos está longe de ser politicamente inocente, pois constitui alguns dos debates nacionais mais importantes, segundo afirmam os autores.

Quanto ao custo dos remédios, os autores abrem o tema com a máxima: “Onde há um direito, há um remédio.” Os direitos que se exigem de forma legal são necessariamente positivos, portanto, têm custos, assim como seus remédios. Do mesmo modo, a imposição das leis tem custos, sobretudo se se pretende uniforme e justa; os direitos legais esvaziam-se caso não exista uma força que os faça cumprir. Todos os direitos implicam um dever correlativo e os direitos somente são tomados a sério quando seu descumprimento é penalizado pelo poder público com recursos do erário. Um Estado incapacitado não pode proteger as liberdades individuais, nem sequer as que parecem totalmente ‘negativas’. Todos os direitos têm custos, porque todos pressupõem

³⁰ HOMES, Stephen SUSTEIN, Cass R. **EL COSTO DE LOS DERECHOS**. Por qué La libertad depende de los impuestos. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011, p. 62.

uma máquina estatal, paga pelos contribuintes, eficaz, capaz de supervisionar, monitorar e controlar, como fazem os próprios tribunais.

Essa é mais uma assertiva que confirma a opinião de que a distinção entre direitos negativos e positivos é inadequada.

Afirmar com êxito um direito é colocar em movimento a máquina coercitiva e corretiva da autoridade pública. O funcionamento dessa máquina requer gastos e os contribuintes têm que se colocar à frente desses custos.

“O financiamento dos direitos básicos por meio de impostos nos ajuda a ver com clareza que os direitos são bens públicos: serviços sociais financiados pelos contribuintes e administrados pelo Estado para melhorar o bem estar coletivo e individual. Todos os direitos são, então, positivos.”

31

A atuação do governo em relação aos direitos é relevante, pois eles não só são defendidos, como também criados, interpretados e revisados pelos órgãos públicos. Tanto no âmbito federal quanto no estadual, nos poderes judiciários e legislativos, são promovidas e ajustadas regras que dão sentido aos direitos.

Do mesmo modo, pode-se afirmar que uma Constituição que não assegure a organização de um governo eficaz e apoiado pela coletividade, capaz de cobrar impostos e de gastá-los com as demandas da sociedade, tanto no âmbito individual quanto no âmbito coletivo, necessariamente fracassará na hora de proteger os direitos.

Sem um governo capaz de ditar as regras estabelecidas, criadas pelos poderes legislativo e judiciário, não haveria possibilidade de se usar, desfrutar, destruir ou dispor das coisas que possuímos. “Os direitos de propriedade só têm sentido se as autoridades públicas empregam a coerção para excluir os não proprietários, que, à falta de lei, poderiam querer invadir a propriedade que o dono pretende manter inviolável.”³²

Além disso, acrescente-se a importância dos recursos humanos na garantia de proteção dos direitos. À medida que os mercados pressupõem um sistema confiável de

³¹HOMES, Stephen SUSTEIN, Cass R. **EL COSTO DE LOS DERECHOS**. Por qué La libertad depende de los impuestos. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011, p. 69.

³² Idem, p. 81.

registro que protege os títulos de propriedade, imaginam a existência de agentes públicos competentes e adequadamente remunerados, além da força policial. “Meus direitos de entrar, usar, excluir, vender, doar, hipotecar e eliminar incômodos que ameacem minha propriedade pressupõem um sistema judicial bem organizado e bem financiado.”³³

Portanto, pode-se avaliar o quão significativo é ter conhecimento dos gastos empreendidos pelos governos, seja na proteção dos direitos de propriedade, seja na manutenção de forças policiais de prevenção e de repressão aos delitos, no direito de proteção dos presos, no combate ao comportamento impróprio dos agentes públicos etc. Importa que o alcance efetivo dos direitos é produto da ação do Estado. A possibilidade de uma autoridade judicial impor ao Estado uma obrigação é um reflexo de como as liberdades individuais dependem da ação estatal.

A sociedade, por sua vez, não pretende a proteção de liberdades imaginárias, mas daquelas que, em determinado momento histórico, o governo define como direitos exigíveis e declara estar disposto a protegê-los e decide financiá-los como tais.

2.1 Os Efeitos da Escassez de Recursos

Como o Estado deve agir, de fato, para que os direitos de primeira geração sejam plenamente protegidos? Pressupõe-se que, em virtude de seu caráter supostamente negativo, a proteção das liberdades públicas está primordialmente relacionada à abstenção por parte do Estado de interferir na esfera privada. Essa omissão estatal é suficiente para proteger esses direitos?

Com o propósito de promover essa reflexão, Holmes e Sustain³⁴ apresentam o caso de Joshua de Shaney, ocorrido nos Estados Unidos.

Joshua de Shaney nasceu em 1979. Seus pais se divorciaram um ano mais tarde e seu pai, Randy de Shaney, casou-se pouco depois de ganhar a custódia do menino. Em janeiro de 1982 sua segunda esposa o acusou de maltratar o menino junto ao Departamento de Serviços Sociais. Os funcionários entrevistaram o pai, que negou as acusações. Um ano depois, o menino foi internado num hospital local com múltiplos

³³ HOMES, Stephen SUSTEIN, Cass R. **EL COSTO DE LOS DERECHOS**. Por qué La libertad depende de los impuestos. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011, p. 82

³⁴ HOMES, Stephen SUSTEIN, Cass R. **EL COSTO DE LOS DERECHOS**. Por qué La libertad depende de los impuestos. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011, p. 109.

hematomas e ferimentos. O médico, suspeitando de maus tratos, comunicou ao DSS. O menino permaneceu temporariamente sob a custódia do hospital. Três dias depois, uma equipe de funcionários públicos concluiu que a evidência de maus tratos não justificava a custódia pública. Uma funcionária do DSS passou a visitar a família durante um mês.

Em 1983 menino foi novamente espancado pelo pai, de tal maneira, que entrou em coma. Uma cirurgia de emergência revelou hemorragias internas causadas por repetidos golpes na cabeça. Joshua sobreviveu, mas com sérios danos no cérebro, irreversíveis. A mãe do menino demandou ação contra a DSS, alegando que, ao negar a proteção ao menino, a instituição havia violado direitos fundamentais de Joshua. A Corte Suprema rechaçou as afirmações, alegando que, embora o caso fosse extremamente trágico, não havia nenhuma violação constitucional no caso.

Verifica-se, portanto, que apenas abster-se de interferir na esfera privada, com base nos direitos de liberdade da família envolvida, não é suficiente para que o Estado exerça seu papel de proteger, de fato, nem mesmo o direito mais básico de todos – a vida. A omissão estatal, apesar de não confirmar qualquer direito de o pai manter sua ação criminosa, proporcionou oportunidade fática para que aquela situação hedionda se mantivesse.

O aspecto negativo de proteção dos direitos fundamentais de primeira geração não traduz com perfeita exatidão o que se espera da atuação estatal para a tutela desses direitos do ponto de vista moral. A ineficiência dos instrumentos institucionais que proporcionassem uma forma de acesso legalmente legítima capaz de atuar na esfera privada contribuiu para o dano irreparável à saúde de Joshua.

A tutela dos direitos fundamentais vai muito além da obrigação de o Estado preservá-los contra seus próprios atos. As relações entre particulares, por vezes conflituosa, exigem uma atuação incisiva e pronta a agir positivamente na esfera privada.

Em virtude dessa necessidade de ações positivas, o Estado, se apto a atendê-la, deve manter os meios institucionais para assim agir – instituições administrativas permanentes, recursos materiais e humanos, estratégias de aperfeiçoamento dos serviços públicos, avaliação do universo coletivo para a tomada de decisões otimizadas etc.

Toda a infraestrutura envolvida no processo que se encerra na tutela dos direitos envolve custos para os cofres públicos. A manutenção dessa atuação exige gastos constantes e, por vezes, crescentes. Conclui-se que, além das políticas públicas tradicionalmente vistas como dispendiosas, quando relacionadas aos direitos tidos como de segunda geração – assistência social, educação, cultura, lazer –, as liberdades públicas também demandam vultosos gastos para o erário. Dessa forma, exigir constitucionalmente da máquina estatal que promova, simultânea e efetivamente, todas as prerrogativas essenciais de primeira geração e políticas públicas visando à inclusão social, acesso à educação, cultura e lazer pode comprometer a efetividade da própria Constituição em um cenário de recursos financeiros limitados.

2.2 A Efetividade Relativa dos Direitos

“Nada que custe dinheiro pode ser absoluto.”³⁵ Nenhum direito que envolva gasto seletivo do dinheiro dos contribuintes pode ser protegido unilateralmente pelo poder judicial sem se levar em conta as consequências que podem trazer no orçamento e nas demais áreas do governo. Do mesmo modo, um direito pode tornar-se sem valor se o tesouro público se encontra vazio. Se os direitos têm custos, sua exigibilidade deverá considerar o interesse dos contribuintes, por isso, pode-se afirmar que os direitos se reduzem se os recursos disponíveis se esgotam. O contrário também é válido, se há recursos disponíveis, maiores serão as chances de expansão dos direitos.

Ignorar o custo dos direitos implica não considerar os efeitos da sua exigibilidade, pois muitas decisões judiciais são proferidas ignorando o orçamento do Estado, além de deixar de lado o que isso significa no campo dos valores morais da sociedade. “As finanças públicas constituem uma ciência ética, porque nos obrigam a sacrifícios que, como comunidade, decidimos fazer e explicar que estamos dispostos a renunciar para alcançar metas mais importantes.”³⁶

Importa dizer que os tribunais, ao reconhecerem que os custos afetam o alcance, a intensidade e a consistência da exigibilidade dos direitos pleiteados, terão maiores respaldos para pronunciar decisões mais racionais e mais transparentes.

³⁵ HOMES, Stephen SUSTEIN, Cass R. **EL COSTO DE LOS DERECHOS**. Por qué La libertad depende de los impuestos. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011, p. 119

³⁶ Idem, p. 121

A ideia é tratar da necessidade de equilibrar um direito contra outro e de restringir alguns direitos em razão de outros mais importantes em nome dos interesses sociais do momento. Assim, os direitos dos cidadãos se expandem e se contraem em razão das ações legislativas e judiciais, baseadas em interesses que, política e judicialmente, são altamente valorizados pela sociedade e por ela financiados.

Mas o que diferencia direitos e interesses? Pode-se afirmar que os interesses estão intimamente relacionados a negociações e concessões acolhidas pelas sociedades segundo os valores que elegem. Os direitos, por sua vez, são questões de princípios que exigem certa dose de intolerância.

Segundo Ronald Dworkin³⁷, os direitos são como ‘cartas de triunfo’ que podem ser jogadas nos tribunais contra os agentes do Estado. Isso quer dizer que quando estão em jogo direitos básicos, o governo não pode invocar considerações banais com justificativas para não defendê-los. Alegações como custos exorbitantes ou escassez podem se revelar uma desculpa fácil para o governo não proteger determinado interesse, mas não podem ser usadas para deixar de proteger um direito. Daí por que a necessidade de se estabelecer o equilíbrio entre um direito e outro em nome de valores sociais em conflito e de maior urgência. Como exemplo, a restrição às liberdades civis para combater o terrorismo. Se o governo pode restringir liberdades civis, deve fazê-lo em nome de interesses públicos importantes e ter a seu favor valores maiores.

As limitações financeiras constituem fator de impedimento para que todos os direitos básicos se façam cumprir ao máximo e ao mesmo tempo, pois os direitos sempre implicam concessões e acordos financeiros e, de certa forma, estão vinculados a decisões políticas. Assim, prestar atenção aos custos ajuda a explicar por que alguns direitos se chocam com outros. A atenção política é, portanto, outro recurso escasso, pois os governos e seus agentes públicos decidem a quais assuntos demandarão mais atenção.

Compreender que os direitos não são absolutos implica considerar também a questão da sua anulabilidade. Os direitos devem estar sempre sujeitos a limitações ou reduções quando há perigo de serem explorados com finalidades impróprias ou

³⁷ DWORKIN, R. *Apud* HOMES, Stephen SUSTEIN, Cass R. **EL COSTO DE LOS DERECHOS**. Por qué La libertad depende de los impuestos. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011, p. 121.

abusivas. Isso ocorre em ações nas quais, por exemplo, o judiciário determina ajustes corretivos e compensatórios para diminuir os efeitos produzidos pelos governos ao outorgarem faculdades discricionárias no emprego de recursos públicos.

Equilibrar os interesses em conflito é importante, mas quando há direitos em jogo, os governos não podem justificar exigi-los para atender a interesses determinados. Além disso, ao elevar interesses à categoria de direitos exigíveis, a lei elimina, em forma normal e precisa, certas justificativas da lista de razões aceitáveis para interferir. Desse modo, revela que a escassez de recursos pode se traduzir em razão legítima para não proteger um direito.

No âmbito coletivo, Holmes e Sunstein assinalam que aqueles que propõem os direitos como “cartas de triunfo”³⁸ às vezes também os interpretam como barreiras que definem os mais caros interesses individuais contra uma comunidade repressiva. O indivíduo, então, invoca seus direitos contra a maioria – o dissidente solitário, o estrangeiro que professa religião diversa da comunidade etc.

Reconhecer, proteger e financiar os direitos significa impulsionar os interesses mais profundos dos membros da coletividade, o que requer um acordo social.

2.3 Os Direitos de “Segunda Geração” nas Constituições

No período pós Segunda Guerra Mundial, sob a influência da segunda Carta de Direitos de Franklin Roosevelt, que sugeria estabelecer uma nova base de seguridade e prosperidade para todo o povo americano, qualquer que fosse sua posição, raça ou credo, diversos países passaram a discutir quais direitos deveriam ser incluídos em suas Constituições. A discussão tratava da ideia de elevar os direitos como assistência social, habitação, emprego, bem estar e alimentação ao mesmo nível que as clássicas liberdades.

A realização do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pelas Nações Unidas em 1966, que entrou em vigor dez anos depois, inspirou vários Estados a considerar as garantias sociais como direitos equivalentes aos direitos civis e políticos. Passaram, assim, a aceitar a possibilidade de constitucionalizar esses direitos.

³⁸ HOMES, Stephen SUSTEIN, Cass R. **EL COSTO DE LOS DERECHOS**. Por qué La libertad depende de los impuestos. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011, p. 138.

A discussão, então, voltou-se para outra problemática. Devem as nações, pobres ou ricas, incluir as garantias sociais, econômicas e culturais na Constituição? Não se trata apenas da natureza em si dos direitos, mas dos resultados que isso implica nas contas públicas e nos recursos disponíveis para atendê-los. Por que não inseri-los nos textos legais apenas? Coerência e proteção ao próprio texto constitucional, a fim de evitar uma sobrecarga de direitos ali discriminados, pode ser uma resposta.

As razões de se pensar que os direitos tidos como de segunda geração não pudessem fazer parte das constituições de países em dificuldades financeiras poderiam estar abrigadas em fatos como outorga ao poder judiciário de decidir esses direitos, cujos resultados poderiam não ser adequados, ou conclusões equivocadas sobre o dever fundamental do governo.

No entanto, é possível o funcionamento de um sistema judicial construído e mantido de acordo com recursos reguladores dos governos, que podem promover ações como incentivos fiscais, por exemplo, para manter vivo o bom funcionamento do Estado. Por isso, é importante estabelecer escolhas sobre quem decide quais direitos financiar. Prestar atenção ao custo dos direitos significa não somente compreender as questões de cálculos orçamentários, mas também compreender as questões básicas de justiça distributiva, de transparência democrática e da contribuição coletiva.

A proteção aos direitos sociais, econômicos e culturais será elevada ao nível constitucional ou não se as razões políticas também assim o permitirem. Não se trata de decidir com base apenas nas questões econômicas e financeiras do Estado. Se assim o fosse, poder-se-ia concluir que, se não há dinheiro nos cofres públicos, nenhum direito poderia ser promovido. Nesse caso, a política é que se torna “uma carta de trinco”.³⁹

³⁹ HOMES, Stephen SUSTEIN, Cass R. **EL COSTO DE LOS DERECHOS**. Por qué La libertad depende de los impuestos. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011, p. 144.

3 O DIREITO À CULTURA

3.1 Conceito de Cultura

O termo cultura, embora traduza inúmeros significados, como veremos adiante, foi empregado pelo constituinte para expressar um sistema de ideias, conhecimentos, padrões de comportamento e atitudes que individualizam uma sociedade.⁴⁰ Resume o modo de expressão de um povo, a forma como ele vive e sua identidade própria.

Antes de adquirir o *status* constitucional na forma como o vemos hoje nas Constituições, o direito à cultura e as políticas culturais recebiam um tratamento amplo e generalizado, inseridos num contexto globalizado, porque integrados à liberdade de ensino, de imprensa, de expressão e de religião.

O constitucionalismo liberal, século XVII, concebeu a tutela das liberdades individuais, possibilitando aos cidadãos o exercício dos direitos e garantias fundamentais e a submissão do Estado ao comando legal. O direito à cultura, nesse contexto, permanece integrado aos fatores filosóficos e históricos dos diferentes Estados em que o conjunto de ações políticas de manifestam.

No Estado Social, século XX, o constitucionalismo caracteriza-se pela existência de um Estado de ação positiva para garantir direitos sociais mínimos assegurados aos indivíduos. Nessa conjuntura, o Estado passou a ter o dever de garantir o acesso à cultura, além de apoiá-la e valorizá-la em todas as formas de expressão. Ainda que relacionada aos direitos fundamentais e inserida numa rede de dispositivos normativos e ações institucionais, não possui um tratamento autônomo e central das prioridades públicas.

O direito à cultura passou a fazer parte do texto constitucional brasileiro a partir da Constituição de 1934, seguindo o modelo da Constituição de Weimar, de 1919.

O significado de cultura é especialmente empregado por sociólogos e antropólogos modernos para indicar o conjunto dos modos de vida criados, adquiridos e transmitidos de uma geração para outra, entre os membros de determinada sociedade.

⁴⁰ AGRA, Walber de Moura. MANUAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

Filósofos, antropólogos e sociólogos contemporâneos também definem a cultura como o conjunto dos modos de vida de um grupo humano determinado, sem referência ao sistema de valores para os quais estão orientados esses modos de vida. “Cultura, em outras palavras, é um termo com que se pode designar tanto a civilização mais progressista quanto as formas de vida social mais rústicas e primitivas.”⁴¹

Cultura pode ser compreendida sob diferentes aspectos em razão da complexidade do seu conteúdo: associada à transmissão de saberes, quando se confunde com educação, a funções pedagógicas das artes, a produções artísticas ou, ainda, ao sentido antropológico, quando se refere aos costumes, crenças coletivas, rituais, saberes tradicionais ou coletivos, modos de viver etc.⁴²

Conceituar a cultura como um conjunto de atividades humanas ordenadas e interdependentes, vistas em processo de transformação e reconfiguração constante, pode traduzir uma definição limitada, pois a cultura não forma uma unidade coesa. Caracteriza-se por descontinuidades de sentidos, deslocamentos, adesões e engajamentos de diferentes intensidades.⁴³

Clifford Geertz,⁴⁴ ao expressar sua preocupação com os estudos sobre a cultura e os usos analíticos ou políticos que a ela são dados, assinala que o processo de análise cultural implica interação com outras formas de cultura. Define a cultura como um sistema do qual a arte, por exemplo, é parte. Estabelece três dimensões a que está associada a cultura: ao agente social - indivíduos que interagem; ao compartilhamento de significados e reconhecimentos dos indivíduos que daquela sociedade fazem parte; e ao aspecto normativo ou relacionados aos significados dominantes.⁴⁵

Joaquim J. Brunner⁴⁶ observou nas políticas culturais a possibilidade de democratização do Estado. As políticas culturais têm como objeto as formas de organização social que associam sistematicamente agentes culturais e instituições que regulam sua comunicação – produção, transmissão e recepção. “É necessário pensar a

⁴¹ ABBAAGNANO, Nicola. DICIONÁRIO DE FILOSOFIA. Edição revista e ampliada. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 264-265.

⁴² BARBOSA, Frederico e outros. A CONSTITUIÇÃO E A DEMOCRACIA CULTURAL. IPEA. In: http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/bpsociais/bps_17/volume02/07_capt04.pdf.

⁴³ BARBOSA, Frederico e outros. A CONSTITUIÇÃO E A DEMOCRACIA CULTURAL. IPEA. In: www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/bpsociais/bps_17/volume02/07_capt04.pdf, p. 231.

⁴⁴ Clifford Geertz *apud* BARBOSA, Frederico e outros. A CONSTITUIÇÃO E A DEMOCRACIA CULTURAL. IPEA. p. 231. In: http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/bpsociais/bps_17/volume02/07_capt04.pdf. Acesso em: agosto de 2011.

⁴⁵ Idem, p. 232

⁴⁶ BRUNNER, J. J. *apud* Idem. p. 233.

cultura como uma constelação móvel e fluida de circuitos nos quais intervêm agentes de produção simbólica, meios, formas comunicativas, públicos e instâncias organizativas desses circuitos.”

Isaura Botelho⁴⁷ vê na atuação do Estado em políticas culturais a possibilidade de democratização da sociedade. Se as experiências culturais são vividas nos espaços de sociabilidade cotidianos, elas também estão relacionadas ao aspecto instrumental, determinado por uma dimensão normativa, institucional e organizacional.

Noutra perspectiva, que também se estende além da semântica, consideram-se outros pensadores, como Dewey⁴⁸, que afirma ser possível recontextualizar a cultura e relacioná-la com conjunturas sociais. Shusterman⁴⁹ dissolve a fronteira entre a cultura erudita e popular e defende a necessidade de se considerar novas dimensões das práticas culturais, tais como *cultura de massa* e as *comunicações*.

Bourdieu⁵⁰, Passeron⁵¹ e Bruno Latour⁵², críticos do pensamento kantiano, que defende a universalidade e purificação da estética, analisam as práticas culturais sob a dependência das estruturas sociais e compreendem que os fenômenos ou os fatos sociais não podem ser rotulados.

A expectativa de se tratar do conceito de cultura é ressaltar o fato de que as obras de culturas, tais como textos, pinturas, esculturas, monumentos, peças de teatro etc., não constituem objetos plenamente determinados, autossuficientes e invioláveis. São produtos mutáveis e resultantes das práticas sociais e históricas de uma coletividade. Contingências e lutas históricas devem ser inseridas no rol de fatores que admitem a cultura não como valor puro e inegociável, mas um valor elaborado nas práticas sociais e nos contextos de trocas políticas e econômicas.

A cultura, embora possa conviver com objetos, construções e tecnologias, pressupõe o caráter de mutabilidade e contextualidade. “Ao pensar a vida cultural como

⁴⁷ BOTELHO, I. *apud* Idem. p. 233.

⁴⁸ DEWEY, J. *apud* Idem. p. 235.

⁴⁹ SHUSTERMAN, R. M. *apud* Idem.

⁵⁰ BOURDIER, P. *apud* BARBOSA, Frederico e outros. A CONSTITUIÇÃO E A DEMOCRACIA CULTURAL. IPEA. p. 231. *In*: http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/bpsociais/bps_17/volume02/07_capt04.pdf. Acesso em: agosto de 2011, p. 233.

⁵¹ PASSERON, J. C. *apud* Idem.

⁵² LATOUR, B. *apud* Idem.

experiência, desloca-se o valor da arte, passando a considerá-la assimilável pelos recursos disponíveis às pessoas, ou como capacidades.”⁵³

Não menos importante que o conceito, a preocupação de reintegrar a cultura na vida cotidiana é fator que implica remanejamentos das práticas institucionais, que até pouco tempo preservavam as artes maiores e seus produtos como parâmetros de controle da legitimidade cultural.

Essa reflexão propõe analisar o conceito de política cultural que, de modo mais amplo, deverá ser voltada às condições e formas de vida de toda a sociedade e, também, às formas de participação, expressão e criatividade. Segundo Canclini⁵⁴, a política cultural

“é um conjunto de intervenções realizadas pelo Estado, instituições civis e pelos grupos organizados com o objetivo de orientar o desenvolvimento simbólico, satisfazer as necessidades culturais da população e obter consenso para um tipo de ordem ou transformação social.”

Os processos culturais, por sua vez, têm sua relevância, pois se referem a direitos e responsabilidades dos diversos agentes sociais dos diferentes códigos e sistemas de pensamento, ideologias, religiões, modos de fazer e viver. São aspectos tão importantes quanto o direito à liberdade e tratamento igual, razão por que a ação institucionalizada sobre os fenômenos culturais revela a capacidade de um Estado cultural. Este tem por objetivo a construção jurídica e jurisprudencial de definir atribuições e competências na área, até mesmo em nível constitucional.

3.2 A Cultura Antes da Constituição Federal de 1988

O Estado Cultural tem como princípios a liberdade, o pluralismo e o desenvolvimento cultural. Deve, assim, situar a cultura na sua exata vinculação com o desenvolvimento da personalidade, garantia de existência livre e plural da própria cultura, estabelecendo garantias específicas, reconhecendo e promovendo condições positivas para seu pleno desenvolvimento e acesso por todos os indivíduos.⁵⁵

⁵³ BARBOSA, Frederico e outros. A CONSTITUIÇÃO E A DEMOCRACIA CULTURAL. IPEA. In: www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/bpsociais/bps_17/volume02/07_capt04.pdf, p. 237.

⁵⁴ CANCLINI apud BARBOSA, Frederico e outros. Idem, p. 241

⁵⁵ Idem

Segundo Pietro de Pedro,⁵⁶ o Estado Social está relacionado com o Estado Democrático de Direito e com o Estado Social. O primeiro, pautado pela legalidade e submissão do poder do Estado à figura da lei; o segundo caracterizado pela exigência que se faz de uma atuação mais positiva e ativa para garantir direitos sociais mínimos assegurados aos indivíduos, tais como educação, saúde e trabalho⁵⁷.

As primeiras referências à cultura são generalizadas ou associadas à liberdade de ensino, de imprensa, de expressão e de religião. A cultura não se situa no núcleo de ação do Estado. Ainda que relacionada a direitos fundamentais e inserida numa rede de dispositivos normativos e ações institucionais, não possui um tratamento autônomo e central das prioridades públicas.

Ronald Dworkin⁵⁸ relaciona as decisões políticas e jurídicas com valores e princípios gerais. Define dois tipos de ideais de posicionamento do poder público em relação aos princípios, ou dois gêneros de liberalismo, especialmente em relação ao princípio da igualdade: o primeiro consiste num Estado imparcial no que se refere às questões morais; o segundo, na ação do Estado na promoção da igualdade entre os cidadãos.

Assinala-se aqui a semelhança desse pensamento com a teoria das gerações dos direitos que, conforme mencionado nos capítulos anteriores, compreende os direitos de liberdade, tidos como direitos de primeira geração, como direitos de abstenção, amparados nos princípios do Estado Liberal, e os direitos sociais, de segunda geração, cuja base ideológica são os princípios do Estado Social e a efetividade encontra-se no dever do Estado de promover a igualdade por meio de políticas públicas.

É possível, ainda, retomar a discussão a respeito dos critérios de escolha adotados pelo Poder Público para a promoção dos direitos, em particular a distribuição dos recursos públicos, ação indispensável do governo para mobilizar e canalizar fundos e recursos para proteger os direitos.

Segundo o filósofo americano, as duas formas encontram-se nos discursos presentes no campo cultural e têm consequências diversas em termos de políticas

⁵⁶ PEDRO, J. P. *Apud* BARBOSA, Frederico e outros. A CONSTITUIÇÃO E A DEMOCRACIA CULTURAL. IPEA. p. 231. *In*: http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/bpsociais/bps_17/volume02/07_capt04.pdf. Acesso em: agosto de 2011, p. 243.243.

⁵⁷ BARRETO, V. P. DICIONÁRIO DE FILOSOFIA DO DIREITO. Rio de Janeiro: Renovar e São Leopoldo, RS, 2006, p. 291.

⁵⁸ DWORKIN, R. *Apud* BARBOSA, Frederico e outros. A CONSTITUIÇÃO E A DEMOCRACIA CULTURAL. IPEA. p. 231. *In*: http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/bpsociais/bps_17/volume02/07_capt04.pdf. Acesso em: agosto de 2011, p. 244.

públicas. A primeira implica neutralidade do Estado com relação ao desenvolvimento de políticas públicas e suas consequências. A segunda requer que o Estado atue de modo a minimizar assimetrias e desigualdades.

As ações do poder público no Brasil, na área de cultura, sustentam-se, inicialmente, em princípios que traduziam a ideia de totalização, perceptíveis na construção de conceitos de civilização, racismo, culturalismo, homem novo, modernismo e igualdade social.

Os valores culturais, todavia, extrapolam a forma filosófica; estão relacionadas a concepções e tradições com diferentes graus de formalização. Observados a partir dos períodos históricos, podem ser, de forma reduzida, divididos em: iberista, racista, expansionista e pós-Constituição Federal de 1988.

No período iberista, 1530-1822, de influência portuguesa, a cultura caracterizou-se pela “construção da ideia de Nação a partir da influência de três ‘raças’ e na demonstração da continuidade da colonização lusitana e de seu papel heroico enquanto elite construtora do Estado Nacional”.⁵⁹

O período seguinte, 1808-1930, denominado racista, é marcado pelas discussões a respeito de temas como: viabilidade de uma nação miscigenada, democracia cultural e sociedade branca nos trópicos.

Nestes dois primeiros períodos, não se verifica a ideia de política cultural, até porque esse conceito virá somente mais tarde.

A fase seguinte, 1930-1988, distingue-se pela construção de um ideal de integração e modernização da cultura brasileira sob o discurso do imaginário nacional de modernização, valorização do trabalho, integração simbólica da sociedade a partir da ação do Estado.

A partir da Independência, os direitos culturais permaneceram relacionados nas nossas Constituições.

⁵⁹ ⁵⁹BARBOSA, Frederico e outros. A CONSTITUIÇÃO E A DEMOCRACIA CULTURAL. IPEA. In: www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/bpsociais/bps_17/volume02/07_capt04.pdf, p. 244.

A Constituição de 1824, ao tratar da inviolabilidade dos direitos civis e políticos, assegura, em seu artigo 179, incisos IV, V e XXXII, o direito de liberdade de pensamento, de imprensa, de religião, de produção intelectual e de ensino das ciências, belas letras e artes. Todos esses direitos são considerados direitos civis e políticos e direitos sociais, econômicos e culturais.

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte.

IV. Todos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publical-os pela Imprensa, sem dependencia de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercicio deste Direito, nos casos, e pela fôrma, que a Lei determinar.

V. Ninguém póde ser perseguido por motivo de Religião, uma vez que respeite a do Estado, e não offenda a Moral Publica.

XXVI. Os inventores terão a propriedade das suas descobertas, ou das suas producções. A Lei lhes assegurará um privilegio exclusivo temporario, ou lhes remunerará em resarcimento da perda, que hajam de soffrer pela vulgarisação.⁶⁰

Já a Constituição Republicana, de 1891, no parágrafo segundo do artigo 35, dispõe que incumbe ao Congresso, animar no país o desenvolvimento das letras, artes e ciências, bem como a imigração, a agricultura a indústria e comércio, sem privilégios que tolham a ação dos Governos locais. Aqui, o verbo animar indica já uma atividade de fomento, contrariando a teoria de que os direitos das constituições liberais continham apenas direitos a abstenções estatais.

“Incumbe, outrossim, ao Congresso, mas não privativamente:

2.º) animar no País o desenvolvimento das letras, artes e ciências, bem como a imigração, a agricultura, a indústria e comércio, sem privilégios que tolham a ação dos Governos locais.”⁶¹

⁶⁰ BRASIL, Constituição Política do Império do Brazil, 25 de março de 1824. In: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acessado em 05 de maio de 2012.

⁶¹ BRASIL, Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 24 de fevereiro de 1891. Idem.

Em meio a um contexto de críticas às formas liberais adotadas pelo país é que se construiu o novo texto constitucional. A preocupação com a participação de representantes de diversas atividades no processo de formação de decisões políticas é a tônica do governo. Assim, a Constituição de 1934, em seu artigo 23, parágrafo 7.º, indica que representantes das atividades econômicas e culturais deverão compor o Parlamento:

“A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos mediante sistema proporcional e sufrágio universal, igual e direto, e de representantes eleitos pelas organizações profissionais na forma que a lei indicar.

§ 7.º Na discriminação dos círculos, a lei deverá assegurar a representação das atividades econômicas e culturais do País.”⁶²

Essa Constituição, portanto, inovou ao mesclar um direito dito de primeira geração, o direito ao voto, com a ideia de representação cultural, um valor bastante comum atualmente e que se insere, segundo a doutrina tradicional, na segunda onda dos direitos fundamentais. Ela também deu à cultura, junto com a educação e a família, um título próprio, sendo que a cultura foi tratada num capítulo conjunto com a educação.

A partir da Constituição de 1937, a cultura continuou sendo tratada em um título autônomo, junto com a educação. No título “Da Educação e da Cultura”, artigo 128, arte, ciência e ensino tornam-se ‘dever do Estado’. O Estado passa a favorecer ou fundar instituições para atuar nessas áreas, marcando uma fase de expansão e criação institucional no campo da cultura. Na esfera federal, por exemplo, houve a criação do Serviço de Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, criado em 1937, hoje com denominação de Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, em razão do Decreto 99.492, de 3/9/1990, que constituiu também as Fundações Instituto Brasileiro de Arte e Cultura (IBAC), Biblioteca Nacional (BN), e a Autarquia Federal Instituto Brasileiro do Patrimônio Cultural IBPC.

A Constituição de 1967 preservou o modelo iniciado na Carta de 1937, ao manter a cultura no mesmo título reservado à educação. A novidade foi a inserção do direito de família no mesmo título, cujo conteúdo se refere ao casamento, maternidade, infância e adolescência. Em seu artigo 171 é possível perceber um direito de abstenção na forma como concebe a teoria das gerações, uma vez que se concede a liberdade às

⁶² BRASIL, Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 16 de julho de 1934. Idem.

ciências, letras e artes. Em seguida, o mesmo dispositivo prediz a ação positiva do Estado, ainda na compreensão da teoria, nas áreas de pesquisa científica e tecnológica, estabelecendo uma obrigação de fazer do Estado. Todavia, a garantia daquelas liberdades está atrelada às ações positivas que já vêm sendo institucionalizadas pelo Poder Público a partir de 1937, conforme mencionado.

O artigo 172 da Carta de 1967 estabelece que o amparo à cultura é dever do Estado. Ao repetir o comando da Carta anterior com relação à cultura, o Poder Público reforça a obrigação de criar condições para a efetividade desse direito, uma vez que se obriga a ‘ampará-lo’. A cultura aqui parece alcançar um sentido amplo, diferentemente do parágrafo único do mesmo dispositivo reforça a obrigação do Estado de conceder proteção especial a elementos culturais como documentos, obras etc., conforme se lê a seguir.

“Art. 171 – As ciências, as letras e as artes são livres.

Parágrafo único – O Poder Público incentivará a pesquisa científica e tecnológica.

Art. 172 – O amparo à cultura é dever do Estado.

Parágrafo único – Ficam sob a proteção especial do Poder Público os documentos, as obras e os locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas.”⁶³

Os textos constitucionais desde 1934 seguiram um modelo mantido até a CF de 1967. A cultura permanece inserida no mesmo título reservado à educação. Os temas são tratados em conjunto, a extensão do conceito é o das letras, artes e ciências, incorporando então monumentos, documentos com valor histórico e artístico e também paisagens. Destaque-se que em nenhum dos textos anteriores há referência a mecanismos institucionais específicos de políticas culturais, fato que será inaugurado somente na Carta de 1988.⁶⁴

⁶³ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. *In*: www.planalto.gov.br/ccvil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acessado em 05 de maio de 2012.

⁶⁴ BARBOSA, Frederico e outros. A CONSTITUIÇÃO E A DEMOCRACIA CULTURAL. IPEA. p. 231. *In*: http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/bpsociais/bps_17/volume02/07_capt04.pdf. Acesso em: agosto de 2011, p. 248.

Já o tratamento infraconstitucional das políticas culturais é inaugurado, segundo alguns autores, na década de 1930,⁶⁵ período marcado pelo novo regime político, com a construção do Estado nacional centralizado e com forte industrialização. Alguns atores exerceram papel relevante para a cultura, como Mário de Andrade, que atuou no Departamento de Cultura e Prefeitura de São Paulo, porque propunham inovações que colaboravam com uma noção ampla de cultura para além das artes. A cultura popular ganhava espaço nessa época.

A cultura, segundo o pensamento de Dworkin,⁶⁶ é carregada pela historicidade das instituições que a delimitam e que configuram as políticas públicas culturais. Não funciona como um imperativo categórico, segundo o qual a ação é determinada por princípios estabelecidos. Por essa razão, no que diz respeito ao princípio da igualdade, admite duas espécies de liberalismo: um fundamentado na ideia de que o governo não deve tomar partido das questões morais – ação negativa – e o outro baseado na promoção da igualdade entre os cidadãos .- ação positiva. Neste ponto, cabe observar mais uma vez a fragilidade da teoria das gerações dos direitos. “É fundamental que o governo trate seus cidadãos como iguais, sendo que a defesa da neutralidade só se dá quando a igualdade exige.”⁶⁷

É possível observar que a intervenção pública cultural no Brasil ocorreu de modo heterogêneo e fragmentado em decorrência de fatores históricos, assim como ocorreu em outros países. Decidir por um ou outro conjunto de significados requer interpretar os objetivos das instituições e os estilos de governos, mesmo que estes sejam o resultado de forças sociais e políticas, concepções e interpretações sobre o objeto e as estratégias de intervenção.

3.3 A Cultura na Constituição Federal de 1988

A cultura será tratada como objeto de ação política em razão da sua importância após a Constituição Federal de 1988, que incorpora conceitos e acomoda a discussão histórica a respeito dos direitos culturais.

⁶⁵ Idem. p. 250.

⁶⁶ DWORIN, R *Apud* BARBOSA, Frederico e outros. A CONSTITUIÇÃO E A DEMOCRACIA CULTURAL. IPEA. p. 231. In: http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/bpsociais/bps_17/volume02/07_capt04.pdf. Acesso em: agosto de 2011, p. 244.

⁶⁷ DWORIN, R *Apud* BARBOSA, Frederico e outros. A CONSTITUIÇÃO E A DEMOCRACIA CULTURAL. IPEA. p. 231. In: http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/bpsociais/bps_17/volume02/07_capt04.pdf. Acesso em: agosto de 2011, p. 244.

A definição de cultura, no Texto Constitucional, mostra-se de modo amplo. A Carta descreve diversos tipos de ações governamentais aptas a abrigar diferentes objetivos, graus de abrangência e formatos.

Ao Estado caberá garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, apoiar e incentivar a valorização e a difusão de manifestações culturais, devendo proteger as manifestações culturais populares, indígenas, afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional, bem como fixar as datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.⁶⁸

Segundo Alexandre de Moraes⁶⁹, a própria Constituição Federal já define o conteúdo do patrimônio cultural brasileiro como os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira; estabelece a obrigatoriedade de o poder público, com a colaboração da comunidade, promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

De modo não taxativo, o texto enumera elementos que pertencem ao patrimônio cultural brasileiro: formas de expressão, modos de criar, fazer e viver; as criações científicas, artísticas e tecnológicas; as obras, os objetos, os documentos, as edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico; os documentos e sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos, que ficaram tombados pela Constituição Federal.

Vale retomar as dimensões estabelecidas por Botelho.⁷⁰ No aspecto antropológico, a cultura se produz pela interação social e na construção de valores. A obtenção de resultados políticos nesta dimensão significa reorganização e democratização das estruturas sociais e a democratização da cultura. A dimensão

⁶⁸ MORAES, Alexandre. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FE
, ed., p. 227.

⁶⁹

ed., p. 1992-1993.

⁷⁰ BARBOSA, Frederico e outros. A CONSTITUIÇÃO E A DEMOCRACIA CULTURAL. IPEA. p. 231. In: http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/bpsociais/bps_17/volume02/07_capt04.pdf. Acesso em: agosto de 2011, p. 260.

sociológica refere-se à criação dos espaços nos quais atuam as demandas profissionais, institucionais, políticas e econômicas. Neste sentido, é possível delimitar o sentido prático, pois criar espaços implica implementar projetos/programas, agências de financiamento, fomento etc., ou seja, promover políticas públicas que resultem em recursos organizacionais, desenhos institucionais, recursos cognitivos, técnicos e políticos, estratégias e objetivos específicos.

Segundo Barbosa,⁷¹ a Constituição Federal de 1988 reconhece implicitamente as duas dimensões – antropológica e sociológica. No primeiro caso, a cultura se insere no rol dos direitos políticos e civis, onde estão as liberdades de expressão, consciência, crença, religião e participação - pluralismo. No segundo, a cultura aparece no âmbito dos direitos sociais fundamentais, que preconiza o pleno exercício dos direitos culturais - igualdade.

A democratização cultural, na Carta de 1988, pode também ser identificada em artigos esparsos, como os artigos 215, § 1.º, 216, § 2.º, e 231. Nesses dispositivos, estão incorporados conteúdos como: atribuição legal por parte do Estado de construir um patrimônio cultural, pluralidade de manifestações culturais e necessidade de se estabelecer políticas públicas para a efetivação dos direitos das culturas indígenas.

Tratar de democratização cultural requer considerar a necessidade de se promover políticas mais abrangentes. A promoção da democratização cultural exige mudanças estruturais e diminuição das desigualdades sociais.

John Rawls⁷² assinala a importância de se promover a justiça como equidade, ressaltando que “os valores sociais como liberdade e oportunidade, renda e riqueza, e as bases sociais da autoestima – devem ser distribuídos igualitariamente, a não ser que a distribuição desigual de um ou todos esses valores traga vantagens para todos.” (RAWLS, 2002, p.66)

A promoção de uma política pública implica o seu alinhamento com outras áreas, como educação, políticas de renda e trabalho, porque também associada aos princípios de igual liberdade, oportunidade e equidade.

⁷¹ BARBOSA, Frederico e outros. A CONSTITUIÇÃO E A DEMOCRACIA CULTURAL. IPEA. p. 231. In: http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/bpsociais/bps_17/volume02/07_capt04.pdf. Acesso em: agosto de 2011, p. 261.

⁷² RAWLS, J. Apud BARBOSA, op. cit. p. 261.

As políticas públicas de cultura, após a Constituição Federal de 1988, podem ser analisadas sob dois principais aspectos: a cultura compreendida como geradora de renda e oportunidade – associada aos dinamismos econômicos; e a cultura integrada às liberdades básicas.

As observações do filósofo americano podem ser identificadas no artigo 219 da Constituição Federal. O dispositivo estabelece que o mercado interno é patrimônio nacional e deverá ser incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem estar da população e a autonomia tecnológica do país.

Nota-se que o texto constitucional contém dispositivos que orientam as ações voltadas à valorização das liberdades básicas, ao estabelecimento de um espaço propício ao desenvolvimento de valores civis e à construção de espaços públicos e à democratização cultural. Envolve capacidade de realizar ações públicas coordenadas entre Estado, mercado e comunidade; redução das distâncias sociais; aproximação de modos culturalmente alternativos e estabelecimento de conexões entre eles.⁷³

A proposta de atuação do Estado cultural pode ser observada na previsão contida expressamente nos artigos 215 e 216 da Constituição Federal. Esses dispositivos elegem as ações positivas e designam programas de ação direta com objetos bem definidos a serem praticados pelo poder público.

Os comandos implicam ações de diferentes tipos e contêm características diversas. Os vocábulos garantir, apoiar e incentivar, por exemplo, referem-se a condições a serem criadas pelo Estado para que outros agentes as realizem. O objeto de ação designa o exercício de direitos culturais e o acesso às fontes de cultura. As propostas de ações diretas do poder público são reveladas nas palavras: proteger, promover, inventariar, registrar, gerir, franquear etc. São ações que denotam produção cultural e o seu conhecimento, tendo como objeto a produção cultural.

Quanto aos conceitos unificadores, os referidos dispositivos abrigam as ideias de cultura nacional, processo civilizador nacional e patrimônio cultural brasileiro, o que traduz uma síntese entre o conceito de civilização e cultura e ainda agrega uma dimensão antropológica ao objeto de ação do Estado.

⁷³ BARBOSA, Frederico e outros. A CONSTITUIÇÃO E A DEMOCRACIA CULTURAL. IPEA. p. 231. In: http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/bpsociais/bps_17/volume02/07_capt04.pdf. Acesso em: agosto de 2011, p. 262.

Quanto aos efeitos práticos da previsão constitucional, é importante destacar os problemas na área cultural. A institucionalização dos processos é o maior desafio porque, segundo Barbosa⁷⁴, permitiria a aproximação das comunidades locais ao processo decisório e a cogestão política, o que também se transforma em processo de aprendizado cultural, além de garantir transparência no uso dos recursos, na priorização e no processo de alocação.

Segundo demonstrativo publicado pelo IPEA⁷⁵ o número de municípios brasileiros com conselhos de cultura, no período de 2001 a 2006, aumentou em 29%. Os pequenos municípios ganharam destaque por criarem um processo dinâmico de institucionalização das políticas públicas a partir do modelo paritário. Isso significa que se aposta em processo de participação, interlocução e cooperação, tanto entre esferas do governo quanto entre governo e sociedade civil organizada.

A proteção à cultura também se encontra descrita em outros dispositivos constitucionais. O texto faz menção à cultura nos artigos 5º, IX, XXVII, XXVIII e LXXIII; 23, III, IV e V; 24, IX; 219; 220, § 2º e § 3º; 221; 227 e 231 da CF/88.

Todavia, é preciso ressaltar que a análise do tema deve considerar o texto constitucional como um todo. Importa situar a cultura como parte dos princípios fundamentais e, depois, como parte dos direitos econômicos e sociais. O direito cultural, associado ao desenvolvimento da riqueza cultural, relaciona-se com a liberdade de autodesenvolvimento e autoexpressão e com a equidade na distribuição de capacidades.

A dificuldade reside na possibilidade de o Estado limitar-se a criar condições favoráveis para o enriquecimento cultural e, ao mesmo tempo, proporcionar diretamente mecanismos que possibilitem o acesso equitativo e a proteção dos bens e expressões da cultura. As políticas públicas de educação e de comunicação poderiam constituir meios ordenados para o exercício do direito à cultura.

⁷⁴ BARBOSA, Frederico e outros. A CONSTITUIÇÃO E A DEMOCRACIA CULTURAL. IPEA. p. 231. In: http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/bpsociais/bps_17/volume02/07_capt04.pdf. Acesso em: agosto de 2011, p. 268

⁷⁵ Idem, p. 269

4. CONCLUSÃO

Este trabalho comprovou que a teoria da geração dos direitos revela-se inconsistente, apesar de ser defendida por diversos autores contemporâneos. Segundo os teóricos partidários dessa classificação, existem direitos de primeira, segunda, terceira e até de quarta geração. Há ainda quem admita a possibilidade do aparecimento de novas gerações.

A base de sustentação dessa teoria decorre da compreensão de que os direitos civis e políticos, de liberdade, cujo titular é o indivíduo, constituem direitos de ação negativa do Estado e de abstenção dos governos. Estabelecem obrigações ao Poder Público de não fazer e de não intervir na vida pessoal de cada indivíduo e, por isso são direitos que não demandam investimentos financeiros.

Todavia, conforme demonstrado, essa classificação não subsiste. Alguns autores compreendem todos os direitos sob o ponto de vista global, outros a sucessão dos direitos em ordem inversa e ainda há aqueles que adotam outros critérios de classificação dos direitos. O conteúdo principal da crítica, no entanto, reside na comprovação de que os direitos civis e políticos não são gratuitos e requerem ações positivas do Estado.

Segundo a teoria das gerações dos direitos, os direitos sociais, econômicos e culturais pertencem à esfera programática; exigem normas que estabeleçam planos, metas e objetivos a serem atingidos por meio de ações efetivas do poder público. São apresentados como direitos de ação positiva do Estado e, por essa razão, considerados direitos que requerem custos.

Entretanto, foi possível depreender do estudo apresentado que os direitos tidos como direitos de ‘segunda geração’, de prestação positiva e de ordem programática, possuem conteúdos de direitos de ‘primeira geração’, uma vez que a realização dos direitos sociais é indispensável à dignidade do indivíduo e ao gozo pleno de sua liberdade; razão por que os conteúdos de ambos os direitos muitas vezes se confundem.

Foram evidenciados na crítica à teoria das gerações dos direitos outros argumentos, tais como a questão conceitual de geração, a ordem cronológica dos fatos históricos, o problema da exigibilidade, a constatação de que a garantia dos direitos

considerados de primeira geração demandam gastos e investimentos públicos e a confirmação de que a realização dos direitos sociais não impede a existência de obrigações de não fazer.

Por fim, confirmou-se que a teoria das gerações dos direitos não transmite a natureza real dos direitos, assim como não reflete a realidade da atuação do Estado na promoção das garantias previstas na Constituição Federal de 1988.

5 REFERÊNCIAS

1. ABBAAGNANO, Nicola. DICIONÁRIO DE FILOSOFIA. Edição revista e ampliada. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
2. ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Christian DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS EXIGIBLES. Madrid: Editorial Trotta, 2002.
3. AGRA, Walber de Moura. MANUAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
4. BARBOSA, Frederico e outros. A CONSTITUIÇÃO E A DEMOCRACIA CULTURAL.IPEA.
http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/bpsociais/bps_17/volume02/07_capt04.pdf
5. BARRETO, V. P. DICIONÁRIO DE FILOSOFIA DO DIREITO. Rio de Janeiro: Renovar e São Leopoldo, RS, 2006.
6. BONAVIDES, Paulo. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL. 25ª edição atualizada. São Paulo: Malheiros, 2010.
7. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. in: MENDES, Gilmar F. e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL**. São Paulo: Saraiva, 2011.
8. BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.
In: www.planalto.gov.br/ccvil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acessado em 05 de maio de 2012.
9. DA SILVA, José Afonso. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO. 34ª ed. rev. Atualizada até EC 67/2010. São Paulo: Melhoramentos. 2011.
10. DA SILVA, Virgílio Afonso. O JUDICIÁRIO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS. In: DE SOUZA, Cláudio Pereira e SARMENTO, Daniel. DIREITOS SOCIAIS: FUNDAMENTAÇÃO, JUDICIALIZAÇÃO E DIREITOS SOCIAIS EM ESPÉCIES. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
11. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS. São Paulo: Saraiva, 13ª ed. 2011.
12. HOMES, Stephen SUSTEIN, Cass R. **EL COSTO DE LOS DERECHOS**. Por qué La libertad depende de los impuestos. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.

13. MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL. São Paulo: Saraiva, 6ª ed., 2011.
14. MORAES, Alexandre. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, de 5 de outubro de 1998. São Paulo: Editora Atlas S.A., ed. 2011.
15. ed., 2003.
16. TRINDADE, Cançado.
http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_bob.htm.
Acessado em setembro de 2011.